

内 容 摘 要

内 容 摘 要

本文是对长期以来一直困扰着司法实务界的贪污罪主体认定问题作一研讨。

众所周知，贪污罪主体是特殊主体，符合主体身份条件是构成贪污罪的前提。然而，如何准确地认定贪污罪主体，在实践中争议很大。由于观点分歧，又直接导致了司法运作中的不同结论，影响了法律适用的统一性。对此，理论界和实务界均曾作过大量有益的探讨。但迄今为止，在一定程度上仍然存在贪污罪主体定性不准确的现象，有时同一贪污犯罪行为在不同司法区域往往得到相差悬殊甚至于完全不同的查处结果。

本文正是试图为贪污罪主体的司法认定提供一个比较令人信服的对策。在导师的殷切鼓励之下，通过在图书馆及因特网上的资料收集，结合工作实际并几个月的苦思冥想，本文向您展示了这样的轮廓：一、贪污罪主体立法规制之历史考察；二、贪污罪主体司法认定之关键要素——主体行为之公务性；三、贪污罪主体之司法认定。四、贪污罪主体与职务侵占罪主体之比较。

洋洋数万言，本文的研究心得在于：一、考察贪污罪主体的立法演变，分析了不同时期立法者对贪污罪主体的不同规制，为探讨现行刑法关于贪污罪主体的限定奠定基础。二、对贪污罪主体的本质属性进行探析，揭示公务的含义与特点，提出了主体行为之公务性是司法认定贪污罪主体的关键要素，并从三个层面上进行阐述：1、贪污罪主体行为之公务性是刑事责任主体成为贪污罪主体的首要条件；2、贪污罪主体行为之公务性的客观表现；3、主体行为之公务性是贪污罪主体司法认定的关键要素。三、结合现行立法和社会现实，运用对贪污罪主体本质属性的探析成果，对贪污罪主体进行了界定。将贪污罪主体划分为核心主体（国家工作人员）和辅助主体（以贪污论的人员）两部分。在核心主体部分，重点论述了国家机关工作人员和准国家机关工作人员的范围以及“国家机关”的界定、“国有”和“委派”理解，并对“假国家工作人员”能否成为贪污罪主体问题、“委派”人员共同犯罪问题、村委会成员的法律身份问题、兼职科技活动中贪污罪主体之认定等实践

中疑难争议问题进行研究。在辅助主体部分，主要分析了“以贪污论的人员”的范围和“承包、租赁”经营中贪污罪主体的认定，同时对时下在司法实务中争议激烈的售票员、售货员及购销员能否成为贪污罪主体问题阐述个人见解。最后，对贪污罪主体与职务侵占罪主体进行了比较。

毕竟本人学力有限，加之时间仓促，因此对于文中不成熟甚至谬误之处，尚祈海涵与多多指正。

关键词：贪污罪 主体 立法规制 从事公务 司法认定

目 录

引 言	1
第一章 贪污罪主体立法规制之历史考察	3
一、我国关于贪污罪主体的立法规制	3
二、港澳台及国外刑法关于贪污罪主体的规制	6
第二章 贪污罪主体司法认定之关键要素——主体行为之公务性	9
一、贪污罪主体本质属性之若干观点概览	9
二、公务之内涵理解及与相关概念比较	10
（一）公务之含义与特点	10
（二）公务与相关概念之比较	12
三、贪污罪主体行为之公务性	14
（一）贪污罪主体行为的公务性是刑事责任主体成为贪污罪主体 的首要条件	14
（二）贪污罪主体行为的公务性之客观表现	14
（三）主体行为之公务性是贪污罪主体司法认定之关键要素	15
第三章 贪污罪主体之司法认定	17
一、贪污罪的核心主体——国家工作人员的认定	17
（一）国家机关工作人员	17
（二）准国家工作人员	22
二、贪污罪的辅助主体——以贪污论的人员之认定	34
（一）以贪污论的人员的范围	34
（二）承包、租赁经营中贪污罪主体之认定	36
（三）国有单位售货员、售票员及购销员能否成为贪污罪主体 问题	39
三、贪污罪与职务侵占罪主体之比较	40
结束语	44
主要参考文献	46

厦门大学博硕士论文摘要库

引言

贪污，在英文中为 Corruption，历来被用作对官吏或公职人员的一种道德上的评价，既含贬义，又是泛指，如贪官污吏、贪赃枉法等等，可以表示官僚阶层内与中饱私囊有关的一切腐败现象。^①在古代及外国刑法中，贪污都不是一个具体罪名，而是官吏腐败的同义语。^②贪污罪作为腐败的极端形式之一，不仅败坏了党风政风，而且极大地毒害了社会风气，影响廉政勤政优政，破坏了社会主义市场经济秩序，损害国家利益、社会公共利益和人民群众的切身利益，具有极大的社会危害性。因此，无论是立法规定，还是司法活动，历来将贪污罪作为惩治重点之一。

我国于 1952 年 4 月颁布的《中华人民共和国惩治贪污条例》（以下简称《条例》），^③首次把贪污确立为一个罪名，其内容十分庞杂，基本上接近于贪污的本义。1979 年制定的刑法，把贿赂罪分离出去，贪污罪定型化为一个利用职务上的便利侵吞、盗窃、骗取公共财物这一概念，并且为社会所接受。现行刑法充分吸收了有关贪污罪刑事立法的成功经验，适应社会经济发展的实际状况，将贪污罪与贿赂罪归属同类客体，在刑法中单独成章，进一步明确贪污罪主体的特定性，突出了两条主线：一是以国家工作人员为主线确定贪污罪的主体，体现了维护国家机关的正常秩序和对国家机关工作人员的廉洁性要求。二是基于在市场经济条件下更好地保护国有资产，防止国有资产流失的考虑，将受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托经营、管理国有财产的人员确定为贪污罪主体。体现了对国有财产的特殊保护。

然而，徒法不足以自行。由于贪污犯罪现象的复杂性和特殊性，如何准确地认定贪污罪主体，长期以来一直困扰着刑法理论界。由于观点分歧，又直接导致了司法运作中的不同结论，影响了法律适用的统一性。同时对贪污

^① 郑伟著：《刑法个罪比较研究》，河南人民出版社 1990 年版，第 235 页。

^② 在国外和香港特区、台湾地区，贪污犯罪是对公职人员盗窃罪、公职人员诈骗罪、公职人员侵占罪、公职人员拥有来源不明财产罪等几种具体犯罪的概称，而不是一种独立的犯罪。

^③ 《中华人民共和国惩治贪污条例》于 1952 年 4 月 18 日中央人民政府委员会第十四次会议批准，同年 4 月 21 日中央人民政府公布。

罪主体的论争又直接涉及到职务犯罪的主要主体即国家工作人员的界定问题。对此，理论界和实务界均曾作过大量有益的探讨。但迄今为止，在一定程度上仍然存在贪污罪主体定性不准确的现象，有时同一贪污犯罪行为在不同司法区域往往得到相差悬殊甚至于完全不同的查处结果。

司法实践中对贪污罪的主体的认定之所以存在问题，是因为法条规定的简洁化用语方式、法条规定的有限容量、法律常用术语与日常生活用语之间的差异性等因素，导致立法意图并非能被司法工作人员统一理解。此外，各级各地司法工作人员个人业务素质的参差不齐、执法水平和认识能力的地区性差异，也是重要原因之一。刑法典中相对理想化的法条规定要转化为吏治清明的司法现实，需要对于既存的刑事立法结合社会现实进行准确而深入的研究。

本文拟立足理论联系实际，着眼于现行刑法的规定和相关司法解释，从刑事立法和司法的角度，对贪污罪主体的立法沿革、本质属性、司法认定之关键要素、与职务侵占罪主体的比较等核心问题以及“委派人员”共同犯罪的定性、兼职科技活动中贪污罪主体之认定等疑难争议问题作一研讨，力争对贪污罪主体的司法认定提供一个比较令人信服的对策，以求准确适用法律，在实践中更好地办理贪污犯罪案件，为惩治腐败和保护国有资产提供有力的司法支持。

第一章 贪污罪主体立法规制之历史考察

一、我国关于贪污罪主体的立法规制

关于贪污罪主体的立法，历经了一个多次变化的过程，体现了立法者对贪污罪处罚的不同指导思想。考察这一演变过程的具体情况，对于理解现行刑法关于贪污罪主体的限定是有积极意义的。

1952 年颁布的《条例》，是新中国成立以来关于贪污罪的第一个刑事立法。《条例》首次把贪污罪作为一个独立罪名提出，但仍沿用传统的包括索贿、受贿在内的广义概念。立法者把一切国家工作人员利用职务实施经济犯罪的行为都纳入了贪污罪的构成范畴。该条例规定的贪污罪主体是“一切国家机关、企业、学校及其附属机构的工作人员”。^①另外，根据 1957 年 8 月的最高人民法院的一项司法解释，公私合营企业中的私方人员利用职权违法取利，也应以国家工作人员贪污罪论。^②从该《条例》的颁布，到 1980 年 1 月《中华人民共和国刑法》的实施之前，在刑事司法和惩治贪污的各次运动中，一直使用这一贪污罪主体的概念。

1979 年制定刑法时，改变了传统的贪污罪概念，把受贿罪从贪污罪中分离出来，形成一个内涵明确、外延相对缩小的贪污罪概念，并将贪污罪划归到侵犯财产罪中，规定了更为严格的刑事责任。至于什么是国家工作人员，1979 年刑法第 83 条解释为“一切国家机关、企事业单位和其他依照法律从事公务的人员。”因为当时仍处于社会主义计划经济阶段，所以国家工作人员的范围仍然很宽，特别是立法规定的“受……委托从事公务的人员”和“其他依照法律从事公务的人员”，几乎包括了所有在国家机关、国营企业、事业单位和人民团体内从业的人员，以及与这些单位的工作、活动相关的人员。例如公共汽车的售票员，农村生产队的会计、出纳员，铁路运输的押运员等，都可以成为贪污罪的主体。之后随着改革开放的深入进行，基层

^① 《中华人民共和国惩治贪污条例》第二条。

^② 1957 年 8 月 21 日最高人民法院《关于公私合营的私方人员利用职权违法取利的行为如何适用法律问题的批复》。

的政权组织和经济组织分离，集体经济组织，特别是乡镇企业的发展壮大，集体经济组织工作人员的贪污主体问题也在司法实践中频繁出现。

1982年，全国人大常委会《关于严惩严重破坏经济犯罪的罪犯的决定》（以下简称《决定》）对国家工作人员进行了解释，包括“在国家各级权力机关、各级行政机关、各级司法机关、军队、国营企业、国家事业机构中工作的人员以及其他各种依照法律从事公务的人员。”这些规定将国家工作人员限定为从事公务的人员，无疑是十分科学的。但上述规定在适用中却产生了争议，主要是集体经济组织工作人员以及受国家机关、企业事业单位、人民团体委托从事公务的人员是否国家工作人员。有些人认为所谓公务是指关于国家和集体的事务，因此其他依照法律从事公务的人员可以包括集体经济组织人员；而有人则对此提出了否定意见。于是1985年最高人民法院、最高人民检察院联合做出司法解释，明确了贪污罪的主体可以是国家工作人员、也可以是集体经济组织的工作人员或者其他受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员。

1988年，全国人大常委会《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》（以下简称《补充规定》）将贪污罪的主体修改为“国家工作人员、集体经济组织人员或者其他经手、管理公共财物的人员”。这一规定的实质是在总结1979年至1988年关于贪污罪主体的立法和司法解释的基础上，对贪污罪主体的重新概括。这一主体的扩大从另一侧面明确了集体经济组织人员并非国家工作人员，而是和国家工作人员并列的贪污罪主体，从而解决了上述争论，使刑事立法进一步趋向完善，但是有关争论仍然存在。该规定将贪污罪的主体特征由“从事公务”修改为“经手、管理公共财物”，导致对于这一概念又产生争议。有人认为这一特征包括了“受委托从事公务”的情形，并且从事公务的内容具体化为“经手、管理公共财物”，所以两者是统一的。^①但是这一观点显然在逻辑上承认了经手、管理公共财物的人的范围要比从事公务的人员广泛得多。而且，将贪污罪的主体特征规定为“经手、管理公共财物”而非原先规定的“从事公务”是否合适，也值得商榷。1989年，最高人民法院、检察院《关于执行〈关于惩治贪污贿赂罪的补充规定〉若干问题的

^① 胡云飞、康凤英：《贪污罪的主体——兼论业务侵占罪主体的界定》，丁慕英等主编：《刑法实施中的重点难点问题研究》，法律出版1998年版，第837页。

解答》即明确规定，其他经手、管理公共财物的人员包括基层群众性自治组织（如居委会、村民委员会等）中经手、管理公共财物的人，全民所有制、集体所有制为基础的股份制企业中经手、管理财物的人，中方是全民所有制或集体所有制性质的中外合资经营企业、中外合作经营企业中经手管理财物的人员；同时，直接从事生产、运输劳动的工人、农民、机关勤务人员、个体劳动者、部队战士经手管理公共财物的，如果他们所从事的仅仅是劳务，不能成为贪污罪主体。该司法解释又一定程度上将贪污罪的主体特征限定为从事公务。对于直接从事劳务的人员利用经手公共财物之便将公共财物非法占有的，不构成贪污罪。因当时尚无职务侵占罪的规定，就只能构成盗窃罪或诈骗罪。

1995 年，全国人大常委会《关于惩治违反公司法犯罪的决定》增设了职务侵占罪，其主体为公司、企业职工，同时第 12 条规定，国家工作人员犯本决定第 10 条之罪的，构成贪污罪。因此非国家工作人员就不能构成贪污罪。但是存在三个方面问题，一是如何区分公司、企业职工中的国家工作人员和非国家工作人员，或者说公司、企业职工是否还能构成贪污罪，由此引起了两罪主体的区别之争。二是对于在国家机关、国有事业单位和人民团体中的非国家工作人员，利用工作上的便利侵占公共财物，构成犯罪的，如何定罪处罚，是贪污罪，盗窃罪，还是职务侵占罪未作明确规定。三是根据 1979 刑法第 83 条关于国家工作人员中的“其他依照法律从事公务的人员”和“受委托从事公务的人员”的概念也比较模糊。

现行刑法第 382 条则将贪污罪的主体限定为国家工作人员和受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员。现行刑法第 93 条规定，国家工作人员是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业、人民团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。依据上述规定，原来被视为贪污罪主体的如集体经济组织工作人员，集体所有制企业的承包经营者、基层群众性自治组织中经手、管理财务的人员，股份制企业、合资企业聘用的经手、管理财物的人员之侵占本单位财物行为一般将不再构成贪污罪。

二、港澳台及国外刑法关于贪污罪主体的规制

贪污的英文直译是 Corruption, 它在国外往往包括贿赂等腐败性质的犯罪, 如公职人员盗窃罪、公职人员诈骗罪、公职人员侵占罪等, 而不是一种独立的罪名。^①外国及港澳台刑法中与我国贪污罪类似的犯罪, 多数规定于盗窃、侵占、诈骗等犯罪领域, 如我国英文版的刑法典所译“贪污罪”为 Crime of Embezzlement, 而 ‘embezzlement 是侵占的意思。

外国刑法中类似我国贪污罪的犯罪所采用的罪名, 可作如下分类: 一是以侵占包含贪污。如日本刑法典第 253 条规定的“业务侵占罪”指“侵占业务上由自己占有的他人的财物”。我国澳门 1996 年开始生效的刑法典第 340 条规定了公务侵占罪, 从其所规定的犯罪行为方式来看, 等同于内地刑法中的贪污罪。^②我国台湾虽有《贪污治罪条例》(以下简称《条例》)^③等特别法, 但其刑法并无贪污罪名。受大陆法系国家的影响, 台湾刑法第 336 条规定的公务或公益侵占罪与大陆刑法贪污罪的行为类型大体相当。在普通法系的美国没有贪污罪这一罪名, 对受物主委托占有该财物者按照自己的用场转变或处置该财物行为的, 以侵占罪论。^④二是无专门罪名, 其行为分别纳入盗窃、诈骗、背信等犯罪中。这些国家主要有英国、加拿大、法国和苏俄等。根据英国《1968 年盗窃罪法》和《1978 年盗窃罪法》之规定, 受托管人和其他受信托的财产所有人, 如果怀着永久性剥夺他人财产的故意而不诚实地把这些财产据为己有, 就犯有盗窃罪。^⑤我国香港 1995 年《盗窃罪条例》明显受到以上英国法的影响, 把贪污行为界定在盗窃罪的范围内。三是称为公务员挪用或非法占有罪。如 1944 年西班牙刑法典第 394 条规定的是属于贿赂性

^① 我国刑法规定的贪污罪是一个专门的罪名。1979 年刑法第 155 条规定了贪污罪, 以后, 由于改革开放的不断深入, 出现了不少新情况和新问题, 致使 1988 年全国人大常委会通过《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》, 对贪污罪的内容作了修改补充。直到后来全国人大常委会通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》及 1997 年刑法的实施, 增设了侵占罪和职务侵占罪, 这就使以前可能按贪污罪处理的部分犯罪不再定为贪污罪。这一点至少也是受到大陆法系刑法的影响。同时, 与外国相比, 我国刑法把贪污作为一个独立且重要的罪名加以规定, 也是深受我国传统文化的影响。我国古代一直延续着反贪治吏的刑律, 许多惩治贪官污吏的人物范例至今仍广为传播。贪污罪的罪名至今对于我国社会普遍的国民心理而言已难以更改。

^② 赵秉志主编:《中国内地与澳门刑法分则之比较研究》, 澳门基金会 1999 年版, 第 355 页。

^③ 该《条例》是国民党政府 1943 年《惩治贪污条例》的继续和发展, 是台湾当局 1963 年 7 月 15 日颁布、1973 年 8 月 17 日修正、并于 1991 年废止的《勘乱时期贪污治罪条例》的翻版, 也是其总结反贪工作经验教训的结果。

^④ 储怀植著:《美国刑法》, 北京大学出版社 1996 年版, 第 233 页。

^⑤ 赵秉志等译:《英国刑法导论》, 中国人民大学出版社 1991 年版, 第 197 页。

质的挪用罪，第 535 条规定的是诈欺性质的非法占有罪。四是称为贪污、侵占和非法占有罪。如 1986 年开始施行的《越南社会主义共和国刑法》在第 133 条规定有贪污全民所有制财产罪，第 135 条规定有滥用信任侵占全民所有制财产罪，第 136 条规定有非法占有全民所有制财产罪。^①

外国及港澳台刑法关于贪污罪主体的规定可分为以下类型：

一是直接概括为某一类人员。如意大利 1930 年刑法第 314 条规定的监守自盗罪，其犯罪主体为“公务员或从事公务的人员”。巴西 1940 年刑法、西班牙 1944 年刑法、罗马尼亚 1968 年刑法、保加利亚 1951 年刑法规定为“公务人员”或“公职人员”；瑞士 1937 年刑法规定为“官署职员、官吏、监护人、保护人、职业性财产管理人”；泰国刑法规定的是“有采购、制造、管理或保管物品职责之公务员”。法国 1994 年刑法第 432 条规定的是“行使公安司法权力的人，或者负责公共服务事业任务的人、公共财产保管人员或者其下属人员”。越南刑法虽然没有明确贪污罪的主体是国家公职人员，但从刑法对贪污罪的规定足以得出犯罪主体是国家公职人员的结论。我国澳门刑法中公务侵占罪的主体为“公务员”或“等同于公务员的人员”。

二是概括为某一类人员，并作具体解释。如 1960 年苏俄刑法在“附则”中对“公务人员”予以解释。朝鲜、蒙古等国亦如此。美国法中“受信托人（fiduciary）是指“受托人、监护人、遗嘱执行人、财产管理人、破产管理人以及为从事受信托业务的法人或组织执行受信托工作的其他人”。我国台湾《条例》规定，其贪污罪主体包括依据法令从事公务之人员和“受公务机关委托承办公务之人”，台湾刑法第 10 条对“依据法令从事公务之人员”的范围作了具体规定。^②

三是一般主体，法律条文不作具体规定，但可通过对犯罪行为的规定理解和推定主体的特征。这样的国家有日本、联邦德国、印度、英国、今天的俄罗斯联邦等。如根据日本刑法第 253 条规定，业务上侵占罪的主体是业务上占有他人财物者。如果该主体又是国家公务人员，他就犯有贪污罪。这与这些国家把贪污行为只是作为其他犯罪的一部分进行规定是一致的。

^① 《越南缅甸老挝现行法律选》，米良、梁斌译，云南人民出版社 1993 年版。

^② 孟庆华、高秀东著：《贪污罪的定罪与量刑》，人民法院出版社 2001 年版，第 33 页。

我国刑法规定的贪污罪主体虽然也可划入“国家公职人员”一类，但由于国家体制不同，公职人员的身份是大不一样的。国外贪污罪中的这类主体，有的为一般公务员即可（如西班牙），而有的却是有限制条件的公务员（如法国），但他们都是严格意义上、依照法定程序产生的国家公职人员，而我国贪污罪主体所指的国家工作人员范围较之更为广泛，它不仅限于在国家机关任职的工作人员。而且，随着政治经济体制的改革，贪污罪主体发生变化的可能性仍然存在。在那些不把贪污主体划入“国家公职人员”的国家，有的是因为已不使用贪污罪名（如用盗窃罪），有的则是把贪污罪列入别的财产犯罪（如侵占罪）之中，其犯罪主体不必强调行为人的身份。这里所言的身份是指政治身份，实际上，后面这类国家规定的犯罪主体实施类似我国贪污罪的犯罪行为，一般还要具备已是被侵害财产的合法占有者身份。如韩国刑法规定的侵占与背信罪的犯罪主体是“保管他人财物者”和“处理他人财物者”。当然，这后一意义的身份对于国家公职人员犯贪污罪的，同样要具备。

第二章 贪污罪主体司法认定之关键要素

——主体行为之公务性

现行刑法第 382 条、93 条明确规定了贪污罪主体的范围。那么贪污罪主体的本质属性是什么？这是认定贪污罪主体的关键所在。司法实务中对贪污罪主体范围不同争论均是基于对贪污罪主体本质属性的理解不同所致。实际上，如何理解贪污罪主体的本质属性，直接关系到贪污罪主体的范围的认定，从而影响到行为人的刑事责任。考察贪污罪主体的演变过程，可以发现，对于主体的本质属性存在着一个由“从事公务”到“经手、管理公共财物”，再到“从事公务”的这样一个重新认识的过程。^①

一、贪污罪主体本质属性之若干观点概览

刑法理论界主要有以下几种观点：（一）贪污罪主体的本质属性是具有公务性或称职务性。其理由是，具有公务性或职务性是进一步明确作为贪污罪主体范围的根据，也是贪污罪主体与贪污罪客观方面“利用职务上的便利”的特征相协调的标志。贪污罪主体的公务性决定了并非所有的国家机关、国营企业、国有事业单位以及集体经济组织中工作的人员都可以成为贪污罪的主体。换言之，也不是任何其他经手、管理公共财物人员均可以实施贪污罪，只有那些因从事公务而经手、管理公共财物的人员方可纳入贪污罪的主体范围，那些因从事劳务而经手、保管公共财物的其他人员则不具有贪污罪的主体资格。（二）贪污罪主体的本质属性是经手、管理公共财物。其理由是，我国刑事立法规定的贪污罪，是为了打击主管、经手、管理公共财物的人员侵犯公共财物的行为，因而贪污犯罪的实质是侵犯公共财产权的职务犯罪，而不是身份上的犯罪。职务不仅仅是指官职，也包括工种职务，具有直接性。职务建立了人与财物之间的直接关系，而身份则没有这一属性。具有某种职务直接经手、管理公共财物的人员，才能成为贪污罪的主体。（三）贪污罪主体的本质属性是利用职务上的便利。贪污罪是一种利用职务

^① 周伟、李克非主编：《刑事法研究新视角》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 171 页。

上便利的犯罪，贪污行为作为一种特殊的盗窃和诈骗行为，不能以静态的身份或职务来作为其主体的本质属性。有身份的人不一定都成为贪污罪的犯罪主体，有职务的人也不都能成为贪污罪的主体，关键在于行为人是否利用了这种身份和职务上的便利去贪污犯罪。如果利用了职务上的便利盗窃、诈骗公共财物，达到法律规定的数额标准的，就构成贪污罪，如果没有利用职务上的便利的，应分别构成盗窃罪或者诈骗罪。（四）贪污罪主体的本质属性是公共职务性。从事公共事业的职务性是贪污犯罪本质与现象的统一和贪污犯罪内容与形式的统一，它比较准确地概括了贪污罪主体的本质属性，在刑法理论上容易理解和掌握，在司法实践中也便于操作和实施。^①

上述第一种观点强调从事公务，第二种观点强调直接经手、管理公共财物，第三种观点认为是利用职务上的便利，第四种观点则强调公共职务性。这些对贪污罪本质属性的不同观点是与我国对贪污罪的刑事立法紧密相联的。^②依照 1979 年刑法的有关规定，“从事公务”是贪污罪主体的本质特征。但是，1988 年全国人大常委会的《补充规定》在关于贪污罪主体规定中，没有使用“从事公务”的概念，而是以“经手、管理公共财物”来替代。根据现行刑法第 93 条对国家工作人员的解释，“从事公务”重新成为贪污罪主体的本质特征。

综上，认定行为人是否贪污罪主体的根本标准只能是其是否从事公务，并且贪污罪主体所从事的公务应限于代表国家对财物进行的管理活动。但是如何界定从事公务这一概念，以及在司法实践中如何判定行为人是否属于从事公务的人，仍然是比较复杂的问题。要正确揭示从事公务的特征，应首先揭示公务的含义及与公务相关的几个概念的区别。

二、公务之内涵理解及与相关概念比较

（一）公务之含义与特点

公务有广义和狭义之分，广义是指国家的一切事务和社会的公共事务。^③狭义仅指国家行政事务。在传统的计划经济体制下，国家、社会一元化，国

^① 赵秉志主编：《刑法争议问题研究》（下卷），河南人民出版社 1996 年版，第 419-421 页。

^② 孟庆华、高秀东著：《贪污罪的定罪与量刑》，人民法院出版社 2001 年版，第 186 页。

^③ 按辞书上解释，所谓“公务”就是“关于国家和集体的事务”。

家、集体、个人利益高度统一，社会几乎没有自己的独立存在，国家职能垄断一切，几乎一切事务都是国家事务，“私务”仅限定在很少的领域内。伴随经济政治化，国家对经济的管理职能表现为直接参与企业的经营，企业的一切经营管理也成为国家事务。可以说公务范围极其广泛。随着计划经济向有计划的商品经济过渡，利益的分化，经济多元化发展，国家、社会向二元化发展，国家的职能一部分回归为社会，社会公共事务、私务范围日益扩大。政企分开使国家对经济的管理职能不再是直接参与经营，而是以法律为手段的宏观调控。企业的经济职能强化，政治职能弱化，企业的经营管理不再是一种纯粹的国家职能，体现国家经济管理职能的经营活动主要限制在国有企业或国家投资占有一定比例的企业中。目前正处于向市场经济转变阶段，国家和社会并未完全分离，一些社会事务仍需国家进行管理，如国有事业单位、人民团体中的事务，这些社会事务仍属于国家事务。国家的社会主义性质决定国有企业在国家经济管理活动中的重要地位，虽然国有企业的经营管理方式在改革，但目前对国有企业的管理仍是国家经济管理职能的重要组成部分。因此，现行刑法中的“公务”包含了三个层次的内容：一是纯粹的国家事务，即国家各级权力机关、各级行政机关、各级司法机关和国家军队中的事务；二是国家参与管理的社会事务即国有事业单位、人民团体的事务；三是国有公司、企事业单位的对国有财产的经营管理事务。随着市场经济的逐步确立，公务范围将会更少，该类犯罪的主体将仅限于从事纯粹的国家事务中的人员。

综上，公务应主要理解为国家事务和社会事务，即具有国家工作人员身份的人以维护国家和社会公共利益为目的而行使国家职能或管理社会公共事务的活动。其特点可归纳为以下几点：一是职能性。公务活动体现的是国家的管理职能，是行使公权的活动。公务活动是具有管理性质的活动。包括对政治、经济、司法、军事、文化、教育上等各种国家或社会公共事务的管理。二是依存性。指公务活动是依据一定的基础而产生、存在的，也就是说，无论是公务活动的产生，还是公务活动的存在，都离不开一定的基础。国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体既是公务活动产生的基础，也是公务活动存在的基础。三是有限性。公务活动的范围虽然相对广泛，包括政治、经济、军事、科技、思想教育、文化、卫生、体育以及与社会秩序、经济发展有关的各个方面公共事务的管理，但概括起来不外乎管

人、事、钱、物。对贪污罪而言，其公务活动则体现在对财物的管理或控制过程中。四是特定性。公务活动的主体包括依法天然具备国家工作人员身份的国家工作人员和本身不具备国家工作人员身份而因其接受国有单位委托从事管理、经营国有财产的活动，而取得贪污罪主体身份的人。^①

（二）公务与相关概念之比较

1、公务与劳务是不同的概念。劳务是指以劳力为主直接从事的生产性、经营性、社会服务性的活动，而非对国家的公共事务进行管理活动。它包括直接从事物质生产的活动，如工人生产、农民种田、渔民捕鱼、个体户经营等；也包括本身不直接参加物质资料的生产，也不从事公共事务的管理，而是提供社会服务性劳动的活动，即以自己的体力或者技能为集体、个人提供某种服务，如环卫工、锅炉工、搬运工、勤杂工、宾馆服务员、电梯工等等。二者的区别在于：第一，公务活动存在于国家机关、国有企事业单位、人民团体等公共机构中。以私有制为基础的个体生产、私营企业、外商独资企业中，虽然也有一定的管理活动，但是并不属于刑法意义上的公务行为。而劳务行为可以存在于包括个体经济在内的任何活动中，即使在国家机关中也存在劳务行为。第二，公务活动是在上述机关、团体中对公共事务进行管理的活动。而劳务活动则是从事物质生产活动或服务性劳动、并不具有公共管理性，反映国家对社会的管理职能。^②

2、公务与职务也有区别。一切公务活动都直接或者间接地表现了国家对社会的管理。但是除了上述国家和社会的事务外，在非国家或者社会的组织性集体事务中也完全可以产生职务行为。换言之，职务与公务行为是一种包容和被包容的关系，公务行为肯定是一种职务行为，而职务行为并不一定就是公务行为。按照通常的理解，职务是指“工作中所规定担任的事情”。即

^① 陈兵：《浅析贪污罪主体之界定》，《广西政法管理干部学院学报》，2001年3月第16卷第1期，第50页。

^② 一般而言，单纯的公务行为和劳务行为容易区分。但是可能存在着劳务身份和公务身份的重合或交叉，从而导致在实践中容易混淆。需要注意的问题主要是：在上述单位中如何区分哪些是国家工作人员，哪些是仅仅从事一般性劳务的工作人员。例如，最高人民检察院《关于办理公司、企业人员受贿、侵占、挪用公司、企业资金犯罪案件适用法律的几个问题的通知》规定，所谓国家工作人员，包括国有企业中的管理人员、公司、企业中由政府主管部门任命或者行使管理职能的人员。但是笔者认为，在上述单位中并非所有具有管理职能的人都可成为国家工作人员，毕竟管理活动与公务活动存在着一定的区别。作为公务活动的管理行为应当是指对国家公共事务的管理，同国家对社会的公共事务有着直接、间接的关联，而并不是指任何具体的、微观的负责某项事务性的管理。因此，应当将公务同上述单位的业务或职务活动相区别。一般说来，其中具有整体性、全局性的经营、管理职责的领导或负责人可以认定其为国家工作人员，但从事一般管理工作的人员，即使是某一部门的负责人，甚至是受聘担任经理一职，如果只负责日常经营管理，或者其他受董事会聘用担任一定职务的人，也不应因其具有管理职能而作为国家工作人员对待。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库